

초과지급된 이자에 대해 발생한 법정이자 신규 대출금채무에 대한 충당 여부

- 일본 最高裁判所平成25年4月11日第一小法廷判決을 중심으로 -

Would statutory interest incurred in connection with the overpayment interest have priority to be appropriative to the capital of overpayment than other monetary debts?

- Focusing on the Decision of the Supreme Court of Japan, 1st Petty Bench, April 11, 2013, 1392, Hanrei times 61 -

권 경 은*
Kwon, Kyoung-Eun

목 차

1. 들어가며
2. 연구대상 판결
3. 검토
4. 마지막으로 - 연구대상 판결의 사정범위와 검토 과제

국문초록

차주와 대부업자 간에 체결된 계속적 금전소비대차계약에 기해 차주가 대부업자에게 지급한 이자가 이자제한법에서 규정한 제한이율을 초과한 경우의 법적 문제와 관련하여 다수의 사안들이 일본 최고재판소에서 판단되었다.

논문접수일 : 2015. 02. 06.

심사완료일 : 2015. 03. 08.

게재확정일 : 2015. 03. 11.

* 법학박사·일본 一橋(히토츠바시)대학 법학연구과 특임강사

예컨대, 제한이율 초과이자를 차주로부터 수령한 대주(대부업자)는 특단의 사정이 없는 한 '악의의 수익자'로 추정되고, 그에 따라 대주(대부업자)는 부당이득을 반환함에 있어서 법정이자를 붙여 차주에게 반환하여야 한다는 것 및 초과지급된 이자의 처리와 관련하여 만약 대출원본이 존재하는 경우에는 초과지급된 이자를 그에 충당하되, 충당 후에도 초과지급 이자가 존재하는 경우에는 이를 신규로 발생한 채무에 충당한다는 등의 판단이 그것이다. 그런데 본 사안은 그간 최고재판소에서 다루어지지 않았던 '초과지급 이자에 대해 발생한 법정이자'를 신규로 발생한 대출금 채무에 충당할 수 있을 것인지 및 그때의 충당순서가 문제되었다.

이에 대해 일본의 최고재판소는 '계속적 금전소비대차거래에 관한 기본계약이 초과지급 이자에 대한 충당합의를 포함하는 경우에는 초과지급 이자에 대해 발생하는 법정이자의 충당과 관련하여 별도의 합의가 있다는 등의 특단의 사정이 없는 한 당해 법정이자를 새로 발생한 대출금 채무에 충당하고, 그 후에 초과지급 이자를 신규 채무의 잔액에 충당하여야 한다.'고 판단하였는데, 본 판결은 이 문제에 대해 최고재판소가 처음으로 판단을 하였다는 데에 의의가 있다. 이러한 최고재판소의 판단은 그간 일본의 하급심이 판단하여 온 내용을 지지하는 형태를 취하고 있는데, 제한이율을 초과하여 이자를 지급할 것을 강요받고 그로 인해 막대한 피해가 발생한 차주의 구제에 최고재판소가 다시금 일조했다는 점에서 긍정적으로 평가하여야 할 것이다.

주제어 : 계속적 금전소비대차계약, 이자제한법, 초과지급 이자, 부당이득, 충당

1. 들어가며

과거 일본에서는 고리대금업자들이 이자제한법 및 대금업법 등에서 규정하는 이율을 과도하게 초과하여 차주에게 돈을 빌려주고 그에 대한 이자를 수령함으로써 부당이득을 취득하는 일이 사회적으로 문제가 되었다. 이러한 대금업자들의 횡포에 맞서 관련 법제들이 정비되는 한편, 초과이율에 기한 부당

이득을 대금업자들이 취득하지 못하도록, 초과 지급된 이자를 차주에게 반환할 것을 명하는 판단들이 법원에 의해 대거 쏟아짐에 따라 고리대금업자들이 일본에서 설 자리는 점차 좁아지게 되었다.¹⁾ 때문에 이들 고리대금업자들 중 몇몇은 일본에 비해 시중이자율이 비교적 높은 한국으로 눈을 돌려 우리 서민들의 호주머니를 털어 오고 있는 것이 사실이다.

그간 우리나라에서 서민금융, 특히 고금리 금전소비대차와 관련하여 추진되어 온 규제 흐름은 그다지 일관적이지 못했던 것이 사실이다. 왜냐하면, 1962년 1월 15일에 제정되어 금전소비대차거래에 적용되었던 이자제한법은 90년대 후반에 발생한 외환위기 시 부족한 외화를 조달하기 위한 고육책으로 IMF의 요구에 따라 1998년 1월 13일부로 폐지수순을 밟았기 때문이다. 그 과정에서 외국 자본, 특히 앞서서도 기술하였듯 일본의 자본들이 몰밀 듯이 들어와 한국의 금융시장을 장악하게 되었고, 이에 따라 이들과 금전소비대차계약을 체결한 재정이 열악한 기업이나 개인들에게 제한없는 고율의 이자가 부과됨으로써 우리사회에 심각한 사회문제를 발생시켰음은 굳이 설명이 필요 없을 것이다.

이처럼, 이자제한에 관한 법률적 대응과 판례의 발전이 10여 년간이나 담보 상태에 머물던 중 무법천지 상태의 고금리 금전소비대차계약에 대한 규율의 필요성이 다시금 인식되게 되어, 2007년 3월에 이자제한법이 부활하게 되었음은 주지하는 바이다.

부활된 이자제한법의 주요 내용은, ①금전대차에 관한 계약상의 최고이자율을 연 40%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정하고(대통령령에서 정하는 최고이자율은 연 30%), ②거래금액 원금이 10만원 미만인 경우에 발생하는 이자에는 이자제한법이 적용되지 않으며, ③계약상의 이자로서 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 하되, ④채무자가 최고이자율을 초과하는 이자를 임의로 지급한 경우에는 초과 지급된 이자 상당금액은 원본에 충

1) 초과지급된 이자의 반환액 추이를 살펴보면, 2006년에는 약 3000억엔이었던 것이 2007년에는 약 5200억엔, 2008년의 경우 약 7000억엔~1조엔까지 올라갔다가, 2009년 약 6300억엔, 2010년 약 5700억엔, 2011년 약 5500억엔, 2012년 약 3900억엔, 2013년 약 3000억엔, 2014년 약 2500억엔 등으로 조금씩 줄어들고 있다.

이에 대한 자세한 내용은 <http://www.ccn3.aitai.ne.jp/~office-k/newpage97.html>(최종검색일 2015년 3월 12일)을 참조.

당되고, 원본이 소멸한 때에는 그 반환을 청구할 수 있으며(동법 제2조 제4항), ⑤예금, 할인금, 수수료, 공제금, 체당금 등 그 명칭에 상관없이 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 모두 이자로 보고, ⑥법원은 당사자가 금전을 목적으로 한 채무의 불이행에 관하여 예정한 배상액이 부당하다고 인정한 때에는 상당한 액까지 이를 감액할 수 있고, ⑦다른 법률에 의해 인가·허가·등록을 마친 금융업 및 대부업에는 이자제한법을 적용하지 아니한다(제7조)는 것 등이다.

그리고 이자제한법이 적용되지 아니하는 대부업과 관련해서는 ‘대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률’을 통해 규제하고 있는데, 본 법은 ①대부업자가 개인이나 대통령령으로 정하는 소규모 법인에 대부를 하는 경우 그 이자율은 연 100분의 40의 범위에서 대통령령으로 정하는 율을 초과할 수 없고(대통령령으로 정하는 율은 연 100분의 34.9이다. 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 시행령 제5조), ②이자율을 산정할 때 사례금, 할인금, 수수료, 공제금, 연체이자, 체당금 등 그 명칭이 무엇이든 대부와 관련하여 대부업자가 받는 것은 모두 이자로 보며(다만, 해당 거래의 체결과 변제에 관한 부대비용으로서 대통령령으로 정한 사항은 그러하지 아니하다.), ③대부업자가 제한이자율을 위반하여 대부계약을 체결한 경우 제한이자율을 초과하는 부분에 대한 이자계약은 무효로 하되, ④채무자가 대부업자에게 제한 이자율을 초과하는 이자를 지급한 경우 그 초과 지급된 이자 상당금액은 원본에 충당되고, 원본에 충당되고 남은 금액이 있으면 그 반환을 청구할 수 있고, ⑤대부업자가 선이자를 사전에 공제하는 경우에는 그 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 원본으로 하여 제한 이자율을 산정한다고 규정한다.

이들 규율들 모두는 지나친 고이자율에도 불구하고 급전을 차용하지 않을 수 없었던 차주가 그 뒤 고이율에 기한 이자부담으로 인해 막대한 고통을 받고 심지어는 목숨까지 끊는 등의 사태를 차단하기 위해 마련된 것이지만, 양법제에서 제한하는 이자율은 실제 은행권에서 적용하는 이자율보다도 현저히 높다는 점을 부정할 수 없다. 현실 상황에 부합한 이자율의 적정한도가 어느 정도인지와 관련해서도 당연히 논의가 이루어져야 할 분야이지만, 다만 이 문제는 향후의 과제로 남기기로 하고, 본 논문에서는 특히 서민을 상대로 한 고

금리 대부거래에 있어서 일본이 지금까지 어떠한 대응을 하여 왔는지를 법원의 판단을 통해 알아보는 데에 중점을 두었다. 사채업자 혹은 고리대금업자 등이 고이율의 악질적 금전소비대차거래를 차주, 특히 서민들과 체결하면서 과도한 부당이득을 손에 넣고 그로 인해 서민가정이 붕괴되는 상황을 우리보다 먼저 경험하였고, 또한 그에 대한 해결책에 대해 부심해온 일본의 상황을 살펴보는 것은 향후 우리의 입법이나 법원의 판결방향을 설정함에 있어서 참고자료가 될 것으로 생각한다.

이 글에서는 특히 2013년 4월 11일에 일본 최고재판소 제1소법정에서 판단된 판결²⁾을 중심으로 논의내용을 검토하였다. 본 판결은 대금업자 Y와 계속적 금전소비대차계약을 체결하였던 X가 당해 계약에 기해 이자로서 변제한 각 변제금 중 일본 이자제한법 제1조 제1항이 규정하는 제한이율을 초과하여 X가 Y에게 이자로서 지불한 부분을 대출금 원본에 총당하고 나서도 여전히 초과지급 이자가 존재한다고 주장하여, Y에 대해 부당이득반환을 청구한 사안이다. 본 사안에서는 뒤에서 보는 것처럼, ①Y가 초과지급 이자에 대해 그것이 발생한 시점부터 일본민법 제704조의 악의의 수익자에 해당할 것인지와 ②초과지급이자에 대해 발생한 법정이자를 그 후 신규로 발생한 대출금채무에 총당할 수 있을 것인지가 문제되었다. 초과지급된 이자 상당금액을 원본에 총당하는 문제나 원본에 총당하고도 남은 이자 상당액이 존재하는 경우, 이를 그 후에 신규로 발생한 대출금채무에 총당할 수 있을 것인지와 관련해서는 지금까지 최고재판소에서 여러 사안들이 판단되어 왔으나, 초과지급된 이자에 대해 발생한 법정이자의 처리와 관련해서는 본 사안이 처음으로 최고재판소에서 판단되었다는 데 주목할 만하다. 이와 유사한 사안이 아직 우리 법원에서는 문제된 바가 없으나, 향후 고리대금 관련문제를 처리함에 있어서 하나의 참고자료로서 활용되기를 기대하며, 그 구체적인 내용을 아래에서 소개하고자 한다.

2) 最高裁判所裁判集民事243号303頁、裁判所時報1577号8頁、判例時報2195号16頁、判例タイムズ1392号61頁。일본의 최고재판소판례들은 최고재판소 홈페이지에서 전부를 검색할 수 없다. 때문에 판례를 검색할 때에는 해당 판례가 실린 법률잡지를 찾아보아야 하는데, 앞에서 기술한 것들은 모두 본 사안이 실린 법률잡지명 등이다. 또한, 본 논문을 기술함에 있어서 일본문헌의 표기법 및 일본어로 끝나는 문장의 마침표 등은 일본에서의 방식에 따랐음을 밝혀 둔다.

2. 연구대상 판결

검토판결은 최고재판소 2013년 4월 11일 제1소법정 판결이다.

X는 대금업체인 Y와 체결한 지속적인 금전소비대차거래에 기해 변제한 이자부분 중, 이자제한법(2006년 법률 제115호로 개정되기 이전의 법률. 이하 동일.) 제1조 제1항³⁾ 소정의 제한이율에 기해 계산한 금액을 초과하여 이자로 지급한 부분(이하, '제한초과부분'이라 한다.)을 원본에 충당하고도 초과 지급된 부분(부당이득)이 존재할 뿐 아니라, Y는 이러한 초과지급이자의 수령이 법률상 원인이 없다는 사실에 대해 알고 있었음에도 불구하고 당해 이자를 수령하였으므로 부당이득반환청구권에 기해 (1)초과지급이자 원본(733만 1660엔), (2)최종거래일 이후인 2009년 4월 22일까지 민법에서 정한 연 5푼의 이율에 기해 발생한 동법 제704조⁴⁾ 전단 소정의 법정이율(이하 '법정이율'이라 한다. 본 사안에서는 229만 1608엔.), (3)상기 초과지급이자 원본에 대해 4월 23일부터 지급이 완료되기까지의 기간 동안 상기 이율에 기해 발생한 법정이자를 지급할 것을 Y에게 청구하였는데, 이에 대해 최고재판소는 '계속적 금전소비대차거래에 관한 기본계약이 초과지급이자에 관한 충당합의를 포함하는 것인 경우에는 초과지급이자에 대해 발생한 법정이자를 충당함에 있어서도 별도의 합의가 있다고 평가할 만한 특단의 사정이 없는 한, 먼저 당해 법정이자를 신규 대출금 채무에 충당한 후 그 다음에 초과지급이자를 신규 대출금 채무의 잔액에 충당하여야 한다'고 판단하였다.

3) 일본 구 이자제한법 제1조 제1항

금전을 목적으로 하는 소비대차상의 이자계약은 아래 각 호에서 정한 이율로 계산한 금액을 초과하는 이자는 그 초과부분을 무효로 하다.

1. 원본이 10만 엔 미만인 경우 연 2할
2. 원본이 10만 엔 이상 1만 엔 미만인 경우 연 1할 8푼
3. 원본이 1백만 엔 이상인 경우 연 1할 5푼

4) 일본 민법 제704조

악의의 수익자는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다. 이때, 손해가 있는 경우에는 그에 대한 배상책임을 진다.

가. 사실관계

1) X(원고, 항소인, 상고인)는 대금업자 Y와 1982년 8월 26일, 이자제한법 소정의 제한이율을 초과하는 이자를 약정하는 내용의 금전소비대차계약을 체결한 후, 그로부터 2008년 12월 11일까지 계속적 금전소비대차거래를 한 차주이다.

2) Y(피고, 피항소인, 피상고인)는 2006년 법률 제115호에 따라 개정되기 이전의 법률인 ‘대금업의 규제 등에 관한 법률(이하, ‘대금업법’이라 한다.)’ 제3조⁵⁾에서 규정하는 등록을 마친 대금업자이다.

3) X는 Y와 1982년 8월 26일, 이자제한법에서 규정하는 제한이자를 초과하는 이자약정에 기해 계속·반복적으로 금전을 차용, 변제한다는 내용으로 금전소비대차계약(이하 ‘본 사건 기본계약’이라 한다.)을 체결한 후, 2008년 12월 11일까지 계속적 금전소비대차거래(이하 ‘본 사건거래’라 한다.)를 하였다.

4) 본 사건 기본계약은, 기본계약에 기한 대출금 채무와 관련하여 이자제한법 제1조 제1항 소정의 제한이자액을 초과하는 이자를 변제함으로써 초과지급이자⁵⁾가 발생하는 경우에는 변제 당시 다른 대출금 채무가 존재하지 않으면 당해 초과지급된 이자를 그 후에 발생하는 신규 대출금 채무에 총당한다는 내용의 합의(초과지급이자 총당합의)를 포함하는 것이었다.

5) Y는 초과지급이자를 취득함에 있어서 민법 제704조의 ‘악의의 수익자’였다.

6) Y는 제1심판결 후, 2010년 3월 11일까지 본 사건거래에 기해 발생한 초과지급이자에 대한 반환채무의 이행으로서 X에게 882만 3802엔을 지급하였다.

5) 일본 구 대금업규제 등에 관한 법률 제3조는 대금업을 하려는 자는 내각 총리대신 혹은 도도부현(都道府県) 지사에게 등록하여야 한다는 점(제1항)과 등록을 3년마다 갱신하여야 한다는 점(제2항) 및 등록면허세와 갱신수수료를 납부하여야 한다는 점(제3항)을 규정하고 있다.

나. 본 사안의 쟁점

본 사안에서 쟁점이 된 것은 두 가지이다.

첫째, Y는 본 사건거래에 기한 각 채무에 대해 초과지급이자 발생 시점부터 민법 제704조의 약의의 수익자에 해당하는가?

둘째, 초과지급이자에 대한 법정이자를 그 후 발생한 신규 대출금 채무에 충당할 수 있을 것인가?

다. 제1심법원의 판단(神戸地方裁判所姫路支部平成22年2月25日判決)

쟁점 1과 관련하여, 제1심 법원은 ‘대금업자가 차주에게 제한이율을 초과하는 약정이자에 기해서 금전을 대출한 경우, 대금업자는 대금업법 제43조 제1항6)이 적용되는 경우에 한하여 제한초과부분을 유효한 이자채무의 변제로서 수령할 수 있음에 불과하고, 동법 규정의 적용이 없는 경우에는 제한초과부분은 대출금 원본잔액이 있으면 그에 충당하되, 원본잔액이 전액 변제된 후의 초과지급자는 부당이득으로서 차주에게 반환하여야 한다는 사실을 충분히 인식하고 있었다 할 것이다. 그렇다고 한다면, 대금업자가 제한초과부분을 이자채무의 변제로서 수령하였으나 그 수령에 있어서 대금업법 제43조 제1항이 적용되지 않는 때에는 당해 대금업자는 동항의 적용이 있다는 인식을 가지고 있었다 할 것이고, 그러한 인식을 하게 된 것이 부득이한 사정에 기한 것이라는 등의 특단의 사정이 있는 경우가 아닌 한, 법률상의 원인이 없음을 알면서

6) 일본 구 대금업법 제43조 제1항

대금업자가 업으로서 행하는 금전을 목적으로 하는 소비대차상의 이자(이자제한법 제3조에서 규정하는 이자로 간주되는 것을 포함한다)계약에 따라 채무자가 임의로 지급한 이자액이 동법 제1조 제1항에서 규정하는 이자제한액을 초과하는 경우, 당해 이자지급이 다음 각 호에 해당하는 경우에는 해당 초과부분의 지급은 동항의 규정에도 불구하고 유효한 이자채무의 변제로 본다.

1. 제17조 제1항의 규정에 따라 제17조 제1항에서 규정하는 서면을 교부한 경우 또는 동조 제2항~제4항의 규정에 따라 제17조 제2항~제4항에서 규정하는 모든 서면을 교부한 경우, 교부자에 대해 대부계약에 기하여 지급한 이자.
2. 제18조 제1항의 규정에 따라 제18조 제1항에서 규정하는 서면을 교부한 경우에, 동항의 변제와 관련해서 지급한 이자.

초과지급이자를 취득한 자, 즉 민법 제704조의 '악의의 수익자'로 추정함이 상당하다.'라고 한 후, 본 사건거래를 살피건대, Y에게는 대금업법 제43조 제1항이 적용된다는 인식을 가지고 있었다고는 인정하기 어려울 뿐 아니라, 설사 그러한 인식을 가지고 있었다 하더라도 그것이 부득이한 사정에 기한 것이었다고 인정하기도 어려우므로 특단의 사정이 있었다고 볼 수는 없다고 판단하여, Y는 민법 제704조의 '악의의 수익자'로 추정된다고 하였다.

쟁점 2에 대해서는, 초과지급이자에 대한 법정이자는 민법 제704조 규정에 의해 당연히 발생하는 것으로서, 그 액을 별도로 계산하는 것이 용이할 뿐 아니라 권리관계를 복잡하게 만드는 것도 아니므로 법정이자에 대해서까지 그 후에 발생하는 신규 대출금에 충당하는 것이 당사자의 합리적인 의사라고 해석하기는 힘들다 할 것이고, 따라서 초과지급이자에 대해 발생한 이자는 그 후 발생한 신규 대출금 채무에 충당할 것이 아니라 별도로 계산하여야 한다고 판단하였다. 이에 X가 항소하였다.

라. 항소심법원의 판단(大阪高等裁判所平成22年7月23日判決)

Y가 민법 제704조의 '악의의 수익자'인가에 대해서는 제1심 법원과 동일하게 판단하였다.

또한, 초과지급이자에 대한 법정이자를 나중에 발생한 신규 대출금 채무에 충당할 수 있을 것인가에 대해서도 제1심법원과 마찬가지로 충당을 부정하고 별도로 계산하여야 한다고 판단하여 X의 항소를 기각하였다. X가 상고.

마. 상고심의 판단(最高裁判所平成25年4月11日第一小法廷判決)

쟁점 2만이 판단된 상고심에서 최고재판소는 다음과 같이 판단하여 본 사건을 원심으로 파기 환송하였다.

'초과지급이자에 관한 충당합의를 포함하는 기본계약에 기한 계속적 금전소비대차거래에서는 초과지급이자에 대해 발생한 법정이자를 초과지급이자와는 별도로 계산하는 것이 당사자의 합리적인 의사라고 볼 수 없다. 그렇다고 한

다면, 계속적 금전소비대차거래에 관한 기본계약이 초과지급이자에 관한 총당합의를 포함하는 것인 경우에는 초과지급된 이자에 대해 발생한 법정이자의 총당에 대해 별도의 합의가 있다고 평가할 만한 특단의 사정이 없는 한, 먼저 당해 법정이자를 신규 대출금 채무에 총당하고, 그 다음에 초과지급이자를 신규 대출금 채무의 잔액에 총당함이 상당하다. 본 사안에서의 사실관계에 따르면, 본 사건 기본계약은 초과지급이자에 관한 총당합의를 포함하는 것이고, 본 사건에서 특단의 사정이 있다고 할 만한 사정은 엿보이지 않으므로, 본 사건 거래에서는 먼저 초과지급된 이자에 대해 발생한 법정이자를 신규 대출금 채무에 총당한 후, 그 다음에 초과지급이자를 신규 대출금 채무의 잔액에 총당함이 상당하다.’

3. 검토

본 사안과 같이 계속적 금전소비대차거래에서 ①초과지급이자와 그에 기한 법정이자가 발생함에 따라 당해 법정이자를 신규 대출금채무에 총당할 것인지 여부와, ②초과지급이자와의 관계에서 그 총당순서가 문제되는 경우에 총당을 긍정하는 일본의 하급심 판례들⁷⁾은 대략 그 이유로서 ‘초과지급이자를 신규 대출금 채무에 총당하고 그때까지의 법정이자를 별도로 반환하는 것은 계산상 복잡할 뿐더러 복수의 권리관계를 발생시키는 등으로 복잡한 처리관계를 초래하게 되고, 통상적으로 볼 때 초과지급이자에 관한 총당합의에는 법정이자 역시 신규의 대출금 채무에 총당한다는 내용의 합의를 포함하고 있다고 해석하는 것이 상당할 것이므로, 법정이자에 관해서도 당해 대출금 채무에 총당하는 것이 합리적일 뿐 아니라 당사자의 의사에도 합치’한다고 판단⁸⁾ 하지만, 본건의 제1심법원과 원심의 판단은 ‘초과지급이자에 대한 법정이자는 민법 제704조 규정에 의해 당연히 발생하는 것으로서, 그 액을 별도로 계산하는 것이 용이할 뿐 아니라 권리관계를 복잡하게 만드는 것도 아니므로 신규

7) 후술하는 다. 1) 부분을 참조.

8) 谷本圭子·前掲論文·156頁。

로 발생한 대출금채무에 총당할 것이 아니라 별도로 계산하여야 한다.'고 밝히고 있다.

학설은 후술하는 것처럼, 최고재판소의 판단에 찬성하는 견해가 많다. 그 구체적인 내용에 대해서는 아래에서 기술한다. 다만, 위 쟁점과 관련하여 검토를 행함에 있어서는 지금까지 초과지급이자에 대해 최고재판소가 어떻게 판단하여 왔는지를 먼저 살펴본 후, 그 다음에 학설상의 논의상황을 검토하고, 마지막으로 본 사안에서 문제된 두 가지 쟁점에 대해 살펴보는 순서로 논의를 전개하고자 한다.

가. 초과지급이자에 관한 최고재판소의 판단흐름

차주가 대금업자에게 초과지급한 이자의 처리와 관련해서는 그간 여러 사안들이 최고재판소에서 판단되어 판결들이 축적되어 왔다. 대략, 초기에는 초과지급이자를 원본에 총당하는 것을 부정하였으나 이후 긍정하는 쪽으로 견해가 변경되었고, 원본에 총당하고 나서도 여전히 초과지급이자가 존재하는 경우에는 이를 나중에 신규로 발생한 대출금채무에 총당하도록 하는 내용의 판단이 내려졌다.

1) 초과지급이자를 원본에 총당하는 것을 부정한 판례

종래, 최고재판소는 초과변제된 이자의 원본총당과 관련하여 이를 부정하는 판단을 한 바 있다. 즉, 최고재판소 1962년 6월 13일 판결(最高裁大判昭和37年6月13日民集16卷7号1340頁)은 '금전을 목적으로 하는 소비대차상의 이자 또는 손해금계약은 당해 금액이 이자제한법 제1조 제1항 및 제4조 제1항에서 각각 규정하는 이율에 기해 계산한 금액을 초과하는 경우에는 그 초과된 부분은 무효라 할 것이나, 채무자가 이를 임의로 변제한 때에는 그 후 계약의 무효를 주장하여 이미 변제한 급부의 반환을 청구할 수는 없다고 할 것이고, 원본 잔액에 대한 총당 역시 허용되지 않는다.'라고 하여 총당을 부정하였다.

2) 초과지급이자의 원본 충당을 긍정한 판례

그러나, 이러한 태도는 그 후 최고재판소 1964년 11월 18일 판결(最高裁大判昭和39年11月18日民集18卷9号1868頁)에 의해 변경되었다. 즉, 최고재판소는 제한이율을 초과하여 채무자가 임의로 변제한 이자를 원본잔액에 충당되는 것으로 해석하는 것은 경제적 약자의 지위에 있는 채무자의 보호를 주된 목적으로 하는 이자제한법의 입법취지에 합치한다고 하여, 채무자가 이자제한법 소정의 제한을 초과하는 금전소비대차상의 이자, 손해금을 임의로 변제한 때에는 그러한 제한을 초과하는 부분은 민법 제491조⁹⁾에 따라 원본 잔액에 충당하여야 한다고 판단하였다. 이로써 ‘초과지급이자의 원본충당’문제는 해결되었다.

3) 초과지급이자를 다른 대출금 채무에 충당할 수 있을 것인지 여부

그 후 새롭게 문제된 것은, 동일한 대주와 차주 사이에서 계속적으로 대출이 반복되어 이루어지고, 그에 따라 초과지급된 이자의 존재가 인정되는 경우에 당해 초과지급이자를 다른 대출금 채무에 충당하는 것이 가능한가에 대한 것이었다. 이에 대해서는 최고재판소 2003년 7월 18일 판결(最高裁平成15年7月18日民集57卷7号895頁)이 ‘기본계약에 기해 계속적으로 대출이 반복하여 행해진 금전소비대차거래에서 차주가 그 중 하나의 대출금 채무에 대해 법에서 규정하는 제한을 초과하여 이자를 임의로 지급함으로써 발생하게 된 초과지급이자는 특단의 사정이 없는 한 민법 제489조¹⁰⁾ 및 제491조의 규정에 따라

9) 일본 민법 제491조

채무자가 하나 또는 수개의 채무에 대해 원본 외에 이자 및 비용을 지불해야 하는 경우, 변제자가 당해 채무 전부를 소멸시킬 수 없는 급부를 하였을 때는 이를 비용, 이자 및 원본의 순으로 충당해야 한다.

10) 일본 민법 제489조

변제자 및 변제수령자 모두 전조가 규정하는 변제충당 지정을 하지 않은 때는 다음 각 호의 규정에 따라 변제를 충당한다.

1. 한 개의 채무 중에 변제기가 도래한 것과 변제기가 도래하지 않은 것이 있는 때에는 변제기가 도래한 것에 먼저 충당한다.

변제 당시 존재하는 다른 대출금 채무에 충당된다 할 것이다.'라고 판단하여 충당을 긍정하였다. 이러한 당연충당설에 기한 판단은 그 후 최고재판소 2003년 9월 11일 판결(最高裁平成15年9月11日判例タイムズ1139号65頁)과 최고재판소 2003년 9월 16일 판결(最高裁平成15年9月16日判例タイムズ1139号71頁), 및 최고재판소 2007년 6월 7일 판결(最高裁平成19年6月7日判例タイムズ1248号113頁) 등¹¹⁾에 의해 확립되었다.

그런데, 상기와 같이 충당을 긍정한 판례들은 모두가 대주와 차주 간에 기본계약이 체결되어 있는 사안들이다. 그렇다고 한다면, 이러한 기본계약이 존재하지 않는 경우에도 다른 대출금 채무에 대한 충당이 인정될 것인가 문제된다.

이에 대해, 최고재판소 2007년 2월 13일 판결(最高裁平成19年2月13日民集61卷1号182頁)은 '대주와 차주 간에 기본계약이 체결되어 있지 않은 경우, 첫 번째 대출금 채무에 기한 각 변제금 중 이자제한액을 초과하여 이자로서 변제된 부분을 원본에 충당한 후에도 초과지급이자가 발생하고, 그 후 다시 동일한 대주와 차주 사이에 두 번째 대출금 채무가 발생한 경우에는, 대주와 차주 간에 기본계약이 체결되어 있는 것과 같은 대출이 반복되고, 첫 번째 대출 시에 두 번째 대출이 예정되어 있었다거나 대주와 차주 간에 첫 번째 대출에 기해 발생한 초과지급이자의 충당에 관해 특약이 존재하는 등의 특단의 사정이 없는 한, 첫 번째 대출에 기해 발생한 초과지급이자는 첫 번째 대출금 채무의 각 변제가 두 번째 대출 이전에 있었느냐 아니냐와 상관없이 두 번째 대출금 채무에는 충당되지 않는다.'고 판단하여, 기본계약이 체결되어 있지 않은 경우에는 당연충당설이 적용되지 않는다는 점을 분명히 하였다.¹²⁾

2. 모든 채무가 변제기가 도래한 때, 또는 변제기가 도래하지 않은 때에는 채무자에게 변제의 이익이 많은 것에 먼저 충당한다.
3. 채무자에게 변제이익이 동일한 때에는 변제기가 먼저 도래한 것 또는 먼저 도래할 것에 먼저 충당한다.
4. 전 2호의 사항이 동일한 채무의 변제는 각 채무액에 따라 충당한다.

11) 그밖에, 2005년 7월 11일에 내려진 제2소법정 판결 및 2007년 10월 19일에 내려진 제2소법정 판결에서도 동일하게 판단하고 있다. —橋대학 교내LEX/DB를 참조.

여기서 기본계약은 초과지급이자를 다른 채무에 충당하기 위한 필요조건인 지가 문제되는 바, 이에 대해서는 그 후 판결이 내려진 최고재판소 2007년 6월 7일 판결(最高裁平成19年6月7日民集61卷4号1537頁)이 상기 최고재판소 2003년 7월 18일 판결(最高裁平成15年7月18日民集57卷7号895頁) 및 최고재판소 2003년 9월 11일 판결(最高裁平成15年9月11日裁判集民事210号617頁)을 인용한 후, 동일한 대주와 차주 간에 기본계약에 기해 계속적으로 대출이 반복된 금전소비대차거래에서 '변제에 기해 초과지급이자가 발생한 경우에는 특단의 사정이 없는 한 변제 당시 존재하는 다른 대출금 채무에 충당된다고 해석함이 상당하지만, 그 당시 다른 대출금 채무가 존재하지 않은 경우에는 초과지급된 이자는 그 후에 발생한 신규 대출금 채무에 당연히 충당된다고는 볼 수 없고', 다만 이러한 경우에도 '적어도 당사자 간에 초과지급이자를 신규 대출금 채무에 충당한다는 내용의 합의가 존재하는 때에는 그러한 합의에 따라 충당이 이루어진다고 할 것'이라고 판단하고 있다.

이와 관련하여, 본 논문의 검토대상 사안에서는 기본계약이 존재하기 때문에 기본계약이 필요한지에 대해서는 특별히 문제되지 않았고, 단지 초과지급된 이자를 충당할 다른 채무가 충당 당시 존재하고 있었는지 여부만이 문제되었으나, 상기의 판단을 보는 한, 최고재판소는 기본계약의 존재가 초과지급이자를 다른 채무에 충당하기 위한 전제조건으로 판단하고 있는 것으로 볼 수도 있을 듯하다.

그러나 위와 같은 판단을 하였던 제1소법정이 약 1개월 후 별개의 사안에서 판단한 내용을 살펴보면, 특별히 기본계약의 존재를 요구하고 있지는 않음을 알 수 있다. 즉, 최고재판소 2007년 7월 19일 판결(最高裁平成19年7月19日民集61卷5号2175頁)에서는, 본 사안은 대주와 차주 간에 기본계약이 체결되지 않

12) 그 이유를 '특별한 사정이 없는 한, 제2의 대출이 있기 전에 차주가 제1의 대출에서 발생한 초과지급이자를 충당할 채무로 제2 대출채무를 지정한다는 것은 상식적으로 생각하기 어려울 뿐 아니라, 제2의 대출을 행한 후에도 제1의 대출에 기해 초과지급된 이자의 존재를 알게 된 차주는 부당이득에 기해 반환을 요구하거나 제1의 대출에 기해 발생한 초과지급이자에 대한 반환청구권과 제2의 대출에 기해 대주가 갖는 채권을 상계할 가능성이 있으므로, 당연히 차주가 제1의 대출에 기한 초과지급이자를 충당할 채무로서 제2의 대출에 기한 채무를 지정한다고 추인할 수는 없기 때문'이라고 설명하였다. 이러한 최고재판소의 판단에 대해서는 많은 비판이 쏟아졌다.

는 계속적 대출거래에 관한 사안인데, 최고재판소는 ‘보통 당사자들은 대출을 할 때, 차후 대출금의 전환 혹은 대출금의 증액을 예정하거나 복잡한 권리관계가 발생하는 것을 원치 않는 것이 일반적인 점에 비추어 볼 때, 제한초과부분을 원본에 총당한 결과 초과지급이자자가 발생한 경우에는 그 후에 발생하는 신규 대출금 채무에 총당하는 데 대해 합의가 있다고 해석하는 것이 합리적’이라고 판단하여 총당을 인정하였다.¹³⁾

뿐만 아니라, 최고재판소 2008년 1월 18일 판결(最高裁平成20年1月18日民集62卷1号28頁)은 리블빙 방식의 금전소비대차에 기한 기본계약1을 체결한 후 약 5년간 거래를 계속하였다가 3년이 지난 다음에 다시금 리블빙 방식의 금전소비대차에 기한 기본계약2를 체결한 사안에서, 원칙적으로 ‘기본계약1에 기한 거래와 기본계약2에 기한 거래가 사실상 하나의 연속된 대출거래라고 평가할 만한 특단의 사정이 없는 한, 기본계약1에 기한 거래로 발생한 초과지급이자자는 기본계약2에 기한 거래에서 발생한 채무에는 총당되지 않는다고 보아야 할 것’이지만, 그러나 ‘제1 기본계약에 기한 채무가 전액 변제된 후에도 거래가 종료됨이 없이 계속됨으로써 제1 기본계약에 기한 거래와 제2 기본계약에 기한 거래가 사실상 하나의 연속된 대출거래라고 평가할 수 있는 경우¹⁴⁾에는 (총당)¹⁵⁾ 합의가 존재한다고 해석함이 상당’하다고 판단하여 총당을 긍정하였다.

13) 최고재판소 2013년 7월 18일 판결이 기본계약이 존재하는 사안에 대한 사례판결 형식을 띠는 이유는 판시사항과 같이 총당요건을 정식화시킴으로써 이를 통해 총당에서 빠져나갈 빌미를 대주에게 제공하지 않기 위한 것이었을 뿐, ‘기본계약’은 단지 본 사안에서 사례로서 언급된 데 불과하고 이것이 반드시 필수불가결한 요건이라고 볼 것은 아니라는 견해로, 小野秀誠「第一の貸付けに対して過払金が発生し、その後、第二の貸付けに係る債務が発生した場合と、過払金の同債務への充当」判例時報1978号(2007年11月)173頁를 참조.

14) 평가에 있어서는, ‘제1의 기본계약에 기한 대출 및 변제가 반복적으로 계속해서 행해진 기간의 길이와 그에 기한 최종변제 시로부터 제2의 기본계약에 기한 첫 대출까지의 기간, 제1 기본계약에서 작성된 계약서의 반환 여부, 대출 등에 사용된 카드가 발행된 경우에는 그 실효수단의 유무, 제1 기본계약에 기한 최종변제로부터 제2 기본계약이 체결되기까지의 기간 동안에 이루어진 대주와 차주 사이의 접촉상황, 제2 기본계약이 체결되기에 이른 경우, 제1 및 제2 기본계약상의 이율 등과 같은 계약조건의 차이’ 등의 사정을 고려하여야 한다고 판시하였다. 이에 본 사건을 보면, ‘기본계약 1에 기한 최종변제로부터 약 3년이 경과한 후에 다시금 기본계약 2가 체결된 점, 기본계약 1과 기본계약 2는 이자와 지연손해금에 대한 이율을 달리 하는 점 등의 사실관계에서 볼 때, 특단의 사정이 존재한다고 볼 수 없다.’고 판단하였다.

15) () 안은 필자.

이상의 최고재의 판단을 요약하면 대략 다음과 같다.

- ① 기본계약○ + 충당시 기발생 타채무○ ⇒ 당연충당
- ② 기본계약× + 충당시 기발생 타채무○ ⇒ 충당×
- ③ 기본계약○ + 충당시 신규발생 타채무○ ⇒ 당연충당×
- ④ 기본계약○ + 충당시 신규발생 타채무○ + 충당합의○ ⇒ 충당○
- ⑤ 기본계약× + 충당시 신규발생 타채무○ + 충당합의○ ⇒ 충당○
- ⑥ 제1·제2 기본계약 + 제1기본계약시 타채무× ⇒ 충당×
- ⑦ 제1·제2 기본계약 + 제1기본계약시 타채무× + 사실상 하나의 거래관계 ⇒ 충당○

이처럼, 최고재판소는 계속적 금전소비대차거래와 관련된 일련의 사건을 판단함에 있어서, 그에 기해 발생한 초과지급이자의 처리에 대해 충당 당시 타채무가 존재하는 때에는 당연충당을 인정하지만, 타 채무가 존재하지 않는 경우에는 '특단의 사정이 없는 한' 원칙적으로 충당을 부정하면서도, '특단의 사정'의 범위를 넓게 해석하여 결과적으로는 차주를 구제하는 판단을 하고 있다.¹⁶⁾ 이때, '특단의 사정'으로 최고재판소가 드는 것은 권리관계가 복잡해지는 것을 원치 않는 '당사자의 합의' 또는 '사실상 하나의 연속된 대출거래' 등이다.

이러한 이해가 형성된 가운데, 본 판결에서는 지금껏 최고재판소에서 다루어지지 않았던 초과지급이자에 대해 발생한 법정이자를 다른 채무에 충당하는 것이 가능한지가 문제되고 있다. 그런데 계속적 금전소비대차 거래사안에서 초과지급이자가 발생하고, 또한 대주가 악의의 수익자인 경우에는 초과지급이자에 대해 법정이자가 발생할 것이라는 점은 민법 제704조의 해석상 분명하다. 또한, 상식적으로 생각할 때 계속적 금전소비대차거래에서는 초과지급이자가 발생한 후에 다시금 신규 대출금 채무가 발생할 것이라는 점도 용이하게 예상할 수 있으므로, 초과지급이자를 어떻게 처리할 것인가에 대한 문제와 함께 초과지급된 이자에 대해 발생한 법정이자를 어떻게 처리할 것인가는 말하자면 초과지급이자와 한 세트로서 검토해야 할 문제라고 하겠다.¹⁷⁾

16) 岡林伸幸「継続的な金銭消費者取引において発生した過払金が新たな借入金債務に充当される順番」新・判例解説Watch13号(2013年10月)86頁.

나. 초과지급이자에 관한 그간의 학설

종래 초과지급이자를 원본에 총당하는 문제와 관련해서는 차주가 이자로서 변제한 제한이율초과의 금전은 본래 차주에게는 의무없는 채무변제였다 할 것이므로, 그 부분에 대한 총당지정은 무의미하고, 따라서 민법 제491조를 적용하여 원본에 대한 총당을 인정하여야 한다는 것이 다수설의 이해였다.¹⁸⁾

그리고 원본에 총당한 후에도 존재하는 초과지급이자 잔액은 차주가 부당 이득으로서 대주에 대해 그 반환을 청구할 수 있음은 의심할 여지가 없다.¹⁹⁾ 판례 또한 이를 인정하고 있다.²⁰⁾ 나아가, 초과지급이자에 대한 반환청구권의 소멸시효와 관련해서 학설은 '초과지급이자발생시 기산설'과 '거래종료시 기산설'로 나뉘어 있으나,²¹⁾ 최고재판소는 특단의 사정이 없는 한 당해 거래가 종료한 시점부터 소멸시효가 진행한다고 판단하였다.²²⁾

초과지급이자를 다른 채무에 총당하는 문제와 관련해서는, 학설의 대부분은 총당 당시 타 채무가 이미 발생해 있는 경우에는 그에 총당되는 것으로 이해한다. 다만, 그 근거에 대해서는 ①당사자의 의사에서 찾는 '의사총당설'과 ②이자제한법상의 이념 및 법 취지에서 찾는 '당연총당설'로 나뉜다.²³⁾

17) 岡林伸幸·前掲論文·86頁。

18) 水本浩「大法院判決巡歴5 利息制限法—その一」法学セミナー205号(1973年1月)65頁、川井健「債務者が任意に支払った利息制限法所定の制限をこえる利息・損害金は当然に残存元本に充当される」法学協会雑誌91卷10号(1974年10月)1559~1560頁、吉田克己「反復継続する貸付における制限超過利息の過払金と後の借入金債務への充当」私法判例リマークス37(2008<下>)37頁。이자제한법의 입법취지 역시 제한이율을 초과한 부분은 원본에 총당되는 것으로 명언하였다(1954年3月26日の国会議事録28号)는 지적으로, 水田耕一「利息制限法に関する最高裁の新判例(統) - 制限超過利息の支払と元本への充当」旬刊商事法務研究334卷(1964年12月)14頁。

19) 高木多喜男「制限超過利息の返還請求」別冊ジュリスト47号(1975年3月)16頁、下村信江「過払金について発生した法定利息の充当の可否及び方法」民商法雑誌148卷4=5号(2013年8月15日)475頁。

20) 最大判昭和43年11月13日民集22卷12号2526頁。

21) 상세한 내용에 대해서는, 石松勉「過払金返還請求権の消滅時効の起算点について—最高裁平成21年1月22日第一小法院判決(裁判所時報1476号2頁、金融・商事判例1310号54頁)—」福岡大学法学論叢54卷1号(2009年6月)125頁 이하를 참조.

22) 最高裁平成21年1月22日民集63卷1号247頁。본 사안은 초과지급이자에 관한 총당합의를 포함하는 기본계약에 기한 계속적 금전대차거래에 관한 것으로서, 최고재판소는 '당해 거래 계속 중에는 초과지급이자에 관한 총당합의가 법률상의 장애가 된다.'고 판단하였다.

한편, 총당 당시에는 타 채무가 존재하지 않았으나 나중에 신규로 채무가 발생한 경우의 초과지급이자의 총당문제와 관련해서는, 기본계약이 있거나 총당지정의사가 있다고 볼 수 있는 경우에만 총당을 인정해야 한다는 소위 제한총당설²⁴⁾이 주장되고 있는 외에, 초과지급이자를 신규로 발생한 채무에 당연히 총당해야 한다고 보는 당연총당설²⁵⁾이 주장되고 있다. 당연총당설이 근거로 드는 것은 ‘차주의 합리적인 의사’, 혹은 ‘이율의 차이에서 오는 불공평의 시정’²⁶⁾ 등이다.

그런데 대주가 제한초과이자를 수령한 후, 차주가 초과지급이자의 반환을 청구하는 경우에 당해 대주를 ‘악의의 수익자’로 볼 수 있을 것인가에 대해서는 과거 구 대금업법 제43조 제1항에서 규정하는 ‘변제간주’의 요건충족에 대한 이식의 유무와 관련해서 검토되었다. 즉, 구 대금업법 제43조 제1항은 대금업자가 채무자로부터 제한초과이자를 수령한 경우에도 대출금에 대한 계약을 체결할 당시 대금업법 제17조²⁷⁾ 및 제18조²⁸⁾에서 규정하는 소정의 서면을 채

-
- 23) 吉田克己·前掲「反復継続する貸付における制限超過利息の過払金と後の借入金債務への充当」·39頁。
- 24) 中村也寸志「判例解説」法曹時報57卷2号(2005年2月)601頁(다만, 吉田克己·前掲「反復継続する貸付における制限超過利息の過払金と後の借入金債務への充当」·38頁는 당연부정설로 분류한다.), 宮本幸裕「過払金返還請求訴訟における充当方法について」法律時報79卷7号(2007年6月)126頁、広瀬美佳「過払金返還請求事件 - 最三判平成19·2·13」金融·商事判例1274号(2007年9月)14頁。
- 25) 小野秀誠·前掲論文·173頁、鎌野邦樹「第一貸付けにおける制限超過利息と第二貸付けへの充当」私法判例リマークス36(2008<上>)29頁、滝沢孝臣「平成13年度主要民事判例解説」判例タイムズ1096号(2002年9月)69頁。
- 26) 吉田克己「商工ローンにおける信用保証料のみなし利息性と過払金の元本充当」法学教室282号(2004年)47頁、吉田克己·前掲「反復継続する貸付における制限超過利息の過払金と後の借入金債務への充当」·39頁。또한, 鎌野邦樹·前掲論文·29頁는, 초과지급이자의 다른 채무에 대한 총당문제는 동일 당사자 간에 복수의 금전소비대차가 이루어지고, 각 변제에 있어서 제한 초과이자 및 손해금이 상당한 기간에 걸쳐 부당이득반환청구 등을 받지 않은 채 꾸준히 변제된 경우의 최종적인 청산을 둘러싼 법적 판단에 관한 문제이므로, 이 경우에는 제한초과 부분은 무효라 할 것인 바, 각 계약의 독립성이나 총당지정 및 그 의사를 고려함이 없이 제1의 대출에 기해 발생한 초과지급이자는 당해 이자발생 시 또는 발생 후에 생긴 제2의 대출에 기한 채무에 당연히 총당되어 계산하는 정산처리가 정당한 해석'이라고 주장한다.
- 27) 일본 대금업법 제17조는 대금업자가 대출과 관련하여 계약을 체결한 때에는 지체없이 대금업자의 상호, 명칭, 또는 성명 및 주소, 계약연월일, 대출금액, 대출이율, 상환방식, 상환기간 및 상환횟수, 손해배상액의 예정(위약금을 포함)에 관한 규정이 있는 경우는 그 내용

무자에게 교부하였고(형식적 요건으로서의 '서면교부'), 당해 초과이자자가 채무자가 임의로 지급한 것(실질적 요건으로서의 '임의성')인 때에는 구 대금업법 제43조 제1항이 규정하는 '변제간주'로서의 효력이 인정되고, 그에 따라 대금업자는 '악의의 수익자'로 취급되지 않았다. 그러나 이러한 '변제간주'규정에 대해서는 법원이 '서면교부'요건 및 '임의성'요건을 엄격하게 해석하는 등으로 '변제간주'가 인정되는 경우를 최대한 한정시켜 판단함으로써²⁹⁾ 실제로 동조가 대주에게 적용되는 사안은 그리 많지 않았다. 이에 따라 구 대금업법 제43조 제1항에서 규정하는 '변제간주'규정은 사문화되었고, 결국 입법에 의해 폐지되기에 이르렀다(2009년 12월 19일).

제한초과이자를 수령한 대금업자가 대금업법과 관련하여 민법 제704조의 '악의의 수익자'로 추정될 것인가에 관한 학설상의 논의는 그다지 보이지 않는다.³⁰⁾ 이는 아마도, 민법 제704조에서 말하는 '악의'란 법률상의 원인이 없음을 알면서도 이득하는 경우를 의미하는 바, 이자제한법에 대한 지식이 풍부한 대금업자가 강행법규인 동법³¹⁾에 위반하여 제한이율을 초과하는 이자를 수령

등이 명시된 서면을 상대방에게 교부하여야 하고(제1항), 대금업자가 대출계약과 관련하여 보증계약을 체결하는 때에도 해당 보증계약을 체결하기 전에 보증계약의 내용을 설명하는 서면(대금업자의 상호, 명칭, 또는 성명 및 주소, 보증기간, 보증금액, 보증범위에 관한 사항으로서 내각부령이 정하는 것, 보증인이 주된 채무자와 연대하여 채무를 부담하는 때에는 그에 관한 내용 등)을 보증인에게 교부하여야 한다(제2항)는 서면교부의무에 대해 규정한다.

28) 일본 대금업법 제18조는 대금업자가 대출계약에 기한 채권의 전부 또는 일부에 대해 변제를 받은 때에는 변제 시마다 즉시 대금업자의 상호, 명칭, 또는 성명 및 주소, 계약연월일, 대출금액(보증계약의 경우에는 보증과 관련된 대출금액), 수령금액 및 그 이자, 손해배상액의 예정에 기한 배상액 또는 원본에 대한 총당액, 수령연월일 등이 기재된 서면을 변제자에게 교부하여야 한다는 내용을 규정한다.

29) 예컨대, 대금업법 제17조 및 제18조에서 정하는 서면 및 증서와 관련하여 그에 대한 엄격한 준수를 요구한 最高裁平成16年2月20日民集58卷2号475頁、最高裁平成16年2月20日民集58卷2号380頁、最高裁平成17年12月15日民集59卷10号2899頁 등의 판례와 사전 공제된 이자는 차주가 임의로 상환한 이자에 해당하지 않는다고 판단한 最高裁平成16年2月20日民集58卷2号475頁, 및 이자채무에 대해 기한의 이익상실의 특약이 있는 때에는 기본적으로 대금업법에서 말하는 임의상환으로는 볼 수 없다고 판단한 最高裁平成18年1月13日民集60卷1号1頁 등이 있다.

30) 川角由和「制限超過利息を受領した貸金業者が貸金業規制法との関係で民法七〇四条の『悪意の受益者』として推定される場合」私法判例リマークス37(2008年<下>)42頁。

31) 最高裁大法廷昭和39年11月18日民集18卷9号1868頁。

하였다면 이는 당연히 '악의의 수익자'로 볼 수 있을 것이므로, 특별히 논의할 필요가 없다고 보았던 데에 연유하는 듯하다.

그리고 이를 확인해주는 판결이 최고재판소 2007년 7월 13일 판결(最高裁平成19年7月13日民集61卷5号1980頁)과 최고재판소 2007년 7월 13일 판결(最高裁平成19年7月13日判例時報1984号31頁, 最高裁平成19年7月13日判例時報1984号33頁) 등에서이다. 최고재판소 2007년 7월 13일 판결은 '대금업자가 제한초과부분을 이자채무의 변제로서 수령하였으나, 그 수령에 있어서 대금업법 제43조 제1항의 적용이 인정되지 않는 경우에는 당해 대금업자는 동항이 적용된다는 인식을 가지고 있었다 할 것이고, 또한 그러한 인식을 갖게 된 데 대해 어쩔 수 없었다는 특단의 사정이 있는 경우가 아닌 한 법률상의 원인이 없음을 알면서도 초과지급이자를 취득한 자, 즉 민법 제704조의 "악의의 수익자"로서 추정된다고 할 것'이라고 판단하여 특단의 사정에 대해 대주가 증명하지 않는 한 대주는 '악의의 수익자'로서 추정된다는 점을 분명히 하였다.

그렇다고 한다면, '악의의 수익자'인 대주가 수령한 초과지급이자에 대해서는 당연히 민법 제704조에 기해 법정이자 발생하게 될 것임은 당연하다. 여기서, 초과지급이자에 대해 발생하는 법정이자의 성격이 문제되는 바, 이에 대해 학설은 민사법정이율인 5%를 적용해야 한다는 견해³²⁾와 상사법정이율인 6%를 적용해야 한다는 견해³³⁾가 대립한다. 전자는 초과지급이자에 대한 반환청구권은 이자제한법상의 규정에 의해서 발생하는 채권이고, 그 법정이자에 대해서는 이득자인 대금업자의 수익이 아닌 손실자의 손실을 기준으로 해야 한다는 점을 근거로 든다. 이에 반해 후자는, 초과지급이자에 대한 반환청구권은 금전소비대차에서 발생하는 것이므로 상인인 이득자가 초과지급이자를 영업을 위해 사용하여 취득한 운용이익을 기준으로 판단하여야 한다고 주장한다. 판례는 민사법정이율을 적용하고 있다.³⁴⁾

32) 持田明「過払金返還請求事件(2)—最三小判平19・2・13についての検討など—」市民と法45号(2007年6月)75頁、広瀬美佳・前掲論文・15頁。

33) 小野秀誠・前掲論文・174頁、竹内俊雄「同一の貸主と借主との間での過払金債権の他の債務への充當の可否および悪意の受益者による過払金債務返還時に適用される利息—最三判平成19・2・13本誌本号28頁—」金融・商事判例1266号(2007年5月)14頁。

34) 最高裁平成19年2月13日民集61卷1号182頁。이러한 최고재의 판단에 대해 小野秀誠・前掲論

덧붙여, 초과지급이자에 대한 반환청구권의 소멸시효기간과 관련해서는, 당해 청구권이 부당이득반환청구라는 민사상의 일반채권이라는 점에서 10년의 소멸시효기간이 적용된다는 데 이론이 없는 듯하다. 초과지급이자에 관한 법정이율의 성격에 대해 상사법정이율을 적용해야 한다고 주장하는 견해 역시 소멸시효기간과 법정이율의 성격은 별도로 판단해야 한다는 점에서 10년의 기간이 적용되는 것으로 이해한다.³⁵⁾

다. 초과지급이자에 대해 발생한 법정이자를 신규 대출금 채무에 총당할 수 있는가

상기와 같이 이해하는 경우, 계속적 금전소비대차거래에서 초과지급이자가 발생한 때에는 대주는 특단의 사정이 없는 한 ‘악의의 수익자’로 볼 수 있을 것이므로, 민법 제704조에 따라 부당이득인 초과지급이자에 법정이자를 붙여 차주에게 반환하여야 한다.

그러하다면 이러한 초과지급이자와 그에 대한 법정이자의 발생 후에 대주와 차주 간에 신규로 채무가 발생한 경우, 법정이자를 당해 신규채무에 총당하는 것이 가능할 것이냐가 문제된다. 또한, 총당이 인정되는 경우에도 초과지급이자와 법정이자 간의 총당순서도 문제된다.

이에 대해 학설상의 논의는 그다지 보이지 않으나, 다만 초과지급이자에 대한 총당합의가 인정되고 대주가 악의의 수익자로 추정되는 경우에는 대주와

文·174頁는, ‘초과지급이자에 붙는 법정이율에 대해서는 이것을 단지 부당이득반환청구권이 법정채권이라는 이유에 기해서 형식적으로만 판단해서는 아니 된다.’고 비판한다. 즉, ‘계약이 일부무효가 된 경우의 부당이득은 말하자면 급부이득이라 할 수 있으므로, 이때에는 유효한 계약이 체결된 경우의 규범목적에 따라 청산되어야 하고, 또한 이자제한법이 적용된 경우와 같이 해결되어야 할 것이어서, 수익자의 이득에 이자를 붙인 전액을 반환하는 것이 당연’하다고 설명한다.

35) 小野秀誠·前掲論文·174頁、尾島茂樹「制限超過利息返還請求権に関する一考察—時効期間・法定利率を中心として」クレジット研究36号(2006年)200頁 이하、谷本圭子「継続的な金銭消費貸借取引に係る基本契約が過払金充当合意を含む場合における、過払金について発生した民法704条前段所定の利息を新たな借入金債務に充当することの可否及びその充当方法」判例時報2217号(2014年6月2日)157頁。

차주 간에 법정이자를 신규 대출금 채무에 충당한다는 내용의 합의가 성립되어 있는 것으로 해석해야 한다는 지적³⁶⁾이 있다. 이 문제에 관한 하급심에서의 판단은 긍정하는 것과 부정하는 것으로 나뉜다. 그 중 몇 가지를 소개하면 다음과 같다.

1) 법정이자를 신규 채무에 충당하는 것을 긍정한 하급심 판례

(1) 西宮簡易裁判所平成20年6月10日判例時報2019号84頁

본 사건 기본계약은 변제 당시 다른 대출금 채무가 존재하지 않는 때에도 그 후에 발생하는 신규 대출금 채무에 충당한다는 내용의 합의를 포함하는 것으로 해석하여야 하고, 민법 제704조에 기한 이자가 발생하는 경우에는 당해 이자에 대해서도 마찬가지로 새로운 대출금 채무에 충당한다는 내용의 합의를 포함하는 것으로 해석하여야 할 것이다.

(2) 津地方裁判所平成21年10月22日判例時報2063号95頁

본 사건 기본계약은 제한이율을 초과하는 이자의 변제를 원본에 충당한 후, 초과지급이자 발생 시 다른 대출금 채무가 존재하지 않는 경우에는 당해 초과지급이자를 신규 대출금 채무에 충당한다는 내용의 합의를 포함한다고 해석하여야 할 것인 바, 민법 제704조 전단에서 규정하는 법정이자가 발생한 경우에는 당해 이자에 대해서도 마찬가지로 신규 대출금 채무에 충당한다는 내용의 합의를 포함한다고 해석할 수 있다.

또한, 초과지급이자의 원본 및 이자를 대출금 채무에 충당하는 때의 충당순서와 관련해서는 민법 제491조 제1항이 직접 적용될 것인지는 별개로 하더라도, 동항이 일정한 채무에 대해 비용 및 이자를 지급해야 하는 경우에 비용, 이자, 원본의 순서로 충당해야 한다고 규정한 것은 이러한 순서로 충당하는 것이 당사자의 합리적인 의사와 공평에 합치하기 때문이고, 동항이 적용되는 경우에는 일방 당사자의 지정에 의해 그 순서를 변경하는 것이 허용되지 않

36) 中村也寸志「最高裁判決による過拂金返還請求訴訟の歸着」金融法務事情1863号(2009年4月5日) 10頁。

는 점(大審院大正6年3月31日民錄23輯591頁 참조)에 비추어 볼 때, 본 사건 기본계약에 기한 변제의 결과 초과지급이자 발생 경우에는 그 후 발생하는 신규 대출금 채무에 대해서는 초과지급이자에 대해 발생한 이자를 초과지급이자 원본보다 우선하여 총당하는 것이 당사자의 합리적인 의사와 공평에 합치하는 것이라 할 것이고, 이와 다른 특단의 합의가 당사자 간에 존재하지 않는 한 이러한 순서에 따라 총당하는 것이 상당하다 할 것이다.

또한, 초과지급이자의 원본 상호 간의 총당순서에 대해서는 총당에 관한 합의나 지정이 없는 한, 민법 제489조 제3호에서 규정하는 바에 따라 변제기가 먼저 도래한 것, 즉 발생시기가 빠른 것부터 순서대로 총당해야 할 것이다.

(3) 福岡高等裁判所那覇支部平成21年2月10日判決民集64卷3号940頁

기본계약에 기해 계속적으로 대출과 변제가 반복되는 금전소비대차거래관계에서 대주에게 초과지급이자를 반환할 의무가 발생하였고, 또한 대금업법 제43조 제1항의 적용이 없다는 등의 사정에 기해서 대주가 민법 제704조에서 규정하는 악의의 수익자로 인정될 뿐 아니라, 상기 초과지급이자에 대한 법정이자(초과지급이자)까지 함께 반환해야 할 의무가 발생한 경우에는 특단의 사정이 없는 한 기본계약에는 초과지급이자와 마찬가지로 초과지급이자에 대해 발생한 이자에 대해서도 이를 나중에 발생한 대출금 채무의 변제에 총당한다는 내용의 합의가 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하다.

(4) 東京高等裁判所平成21年11月26日判例タイムズ1329号254頁

초과지급이자는 대주가 수령한 시점에 법률상의 원인이 결여된 부당이득이 되는 것이므로, 대주는 즉시 당해 초과지급이자를 반환해야 할 의무를 부담한다고 할 것이지만, 초과지급이자를 반환하지 않은 채 계속해서 보유한 상태에서 그 후에 다시금 신규대출을 하였을 때에는 초과지급이자가 새로운 대출에 기해 발생한 대출금 채무에 총당되는 데 불과하고, 상기 초과지급이자에 관한 총당합의가 대주로 하여금 초과지급이자를 보유하는 것을 허용하는 취지는 아니라 할 것이다. 또한, 대주는 초과지급이자에 대한 이자를 신규의 대출금 채무에 총당할 법률상의 근거가 없다고 주장하나, 초과지급이자에 대해서는

민법 제704조 전단 규정에 의해서 대주가 악의의 수익자가 되는 때에는 동조 전단 소정의 이자를 지급하여야 할 의무가 있다고 해석하여야 함은 전술한 바와 같으므로, 상기 초과지급이자에 관한 총당합의는 신규 대출금 채무가 발생한 경우에 초과지급이자만을 당해 대출금 채무에 총당하고 그때까지 발생한 이자는 별도로 반환하는 식의 복잡한 처리를 할 것이 아니라, 초과지급이자에 대한 이자 역시 당해 대출금 채무에 총당한다는 내용의 합의를 포함하고 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다.

(5) 東京高等裁判所平成22年7月15日判例タイムズ1340号173頁

본 계약에 기한 대출금 채무에 대해 이자제한법 소정의 제한을 초과하는 이자를 변제함으로써 초과지급이자 발생된 경우에는 다른 대출금 채무가 존재하지 않는다면 이를 그 후에 발생한 신규 대출금 채무에 총당한다는 내용의 합의를 포함하고 있다고 해석함을 고려할 때, 차주와 대주 간의 대출금 전환계약은 차주와 대주 간의 계속적 금전소비대차거래에 기해 발생한 초과지급이자 및 그에 대해 발생한 이자를 전환계약에 기해 신규로 발생한 대출금 채무에 총당한다는 내용의 합의를 포함하는 것이라고 보아야 할 것이다.

(6) 大阪高等裁判所平成24年4月25日消費者法ニュース92号134頁

초과지급이자에 대한 반환채무 원본과 당해 원본에 대한 법정이자 존재하는 경우에, 당사자 간에 특별한 총당합의가 존재하지 않는 때에는 초과지급이자에 대한 반환채무 원본뿐만 아니라 당해 원본에 대한 법정이자 역시도 그 후에 발생하는 대출금 채무에 총당하여 전체를 일괄적으로 정산하는 것이 당사자의 합리적인 의사에 합치한다고 할 것이다.

2) 법정이자를 신규 채무에 총당하는 것을 부정한 하급심 판례

본 사안에 대한 제1심법원과 항소심법원의 판단은 위와 같은 이유를 들어 법정이자를 신규 대출금 채무에 총당하는 것을 부정하였다.

3) 본 사안에 관한 최고재판소의 판단에 대한 학설의 입장

(1) 최고재판소의 판단을 지지하는 견해

이 문제에 대해 학설의 대부분은 최고재판소의 판단에 찬성하는 듯하다. 예컨대, ①초과지급이자를 그 후에 발생한 신규 대출금 채무에 총당한다는 초과지급이자에 관한 총당합의가 인정되는 경우에는 통상적으로 법정이자를 초과지급이자와는 별도로 정산하는 것이 당사자의 합리적인 의사라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 법정이자를 신규의 대출금 채무에 총당하는 이상 법정이자의 총당순서가 초과지급이자보다도 우선한다고 하더라도, 이것은 당사자의 통상적인 의사에 따른 것이라 할 수 있을 것이므로, 최고재판소의 판단은 그러한 당사자의 의사를 재확인하는 것이라고 평가하는 견해³⁷⁾와, ②'초과지급이자에 관한 총당합의'가 당사자의 합리적인 의사해석에 기해 도출되는 것과 마찬가지로 법정이자를 초과지급이자와 함께 신규의 대출금 채무에 총당하는 것 역시 '당사자의 합리적인 의사해석'에 따른 것이라고 평가한 후, 총당방법과 관련해서는 대금업자 측의 주장, 즉 '법정이자는 실제로 차주가 대주에게 급부한 금원(초과지급이자)과 달리 채권에 해당하는 것이므로 총당의 대상이 되지 않는다 할 것이고, 따라서 민법 제491조 등은 적용되지 않는다.'는 주장에 대해, 초과지급이자에 관한 총당합의는 '상계의 합의'와도 같은 성질을 갖는다고 할 수 있으므로, 그 법적 성질을 어떻게 파악하건 민법 제512조³⁸⁾를 매개로 하여 동일한 순서로 총당될 수 있다는 견해³⁹⁾가 엇보인다.

37) 判決速報「継続的な金銭消費者貸借取引に係る基本契約が過払金充当合意を含む場合における、過払金について発生した民法704条前段所定の利息を新たな借入金債務に充当することの可否およびその充当方法」金融法務情報1986号(2014年1月25日)121頁。

38) 일본 민법 제512조

제488조~제491조의 규정은 상계에도 이를 준용한다.

즉, 상계총당을 하는 때에도 '변제총당지정'을 규정한 제488조, '법정총당'을 규정한 제489조, '수개의 급부를 해야 하는 경우의 총당'을 규정한 제490조 및 '원본, 이자 및 비용을 지급해야 하는 경우의 총당'을 규정한 제491조를 준용한다는 내용이다.

39) 谷本圭子·前掲論文·158頁。또한, 일본민법 제491조 규정은 당사자의 합리적인 의사에 바탕을 둔 것이므로, 당사자의 합리적인 의사해석에 따라서 법정이율, 초과지급이자 원본의 순으로 총당을 하는 것이라는 해석도 가능하다고 설명한다. 그러나 이에 대해서는 분명 법정총당 규정은 채무자의 합리적인 의사에 바탕하여 그에 관한 내용을 입법화한 것이지만, 지

이 외에도, 최고재판소는 법정이자, 초과지급이자의 순서로 후발 대출금 채무에 충당할 것을 판시하였는데, 이는 초과지급이자에 대한 반환채무가 변제된 경우에 있어서 법정충당이 이루어지는 때의 순서와 동일한 결과라고 할 수 있고, 또한 민법 제491조 규정은 '그 경제적 성질상, 당사자의 합리적인 의사에 기하더라도 타당한 순서를 법정한 것'이라고 일반적으로 이해되는 바, 의제적이기는 하지만 '당사자의 합의에 따른 충당'의 경우에도 상기의 순서에 따르는 것이 당사자의 합리적인 의사와 합치한다고 하여, 최고재판소의 판단을 지지하는 견해⁴⁰⁾가 있다.

(2) 최고재판소의 판단을 비판하는 견해

이에 반해, 최고재판소가 내린 결론에는 찬성하지만, 납득이 갈 정도의 충분한 판단근거를 제시하지 않았다고 비판하는 견해, 혹은 그 근거에 의문을 제기하는 견해도 있다. 전자⁴¹⁾는 법정이자의 충당을 긍정하는 것이 당사자의 합리적인 의사에 합치하는 것이라고 최고재판소는 판단하고 있으나, 그 이유에 대해 좀 더 상세히 기술할 필요가 있었다고 비판한다. 그러면서 최고재판소가 내린 것과 같은 결론에 도달하기 위해서는 대략 다음과 같은 설명과정이 필요하다고 주장한다. 즉, 지금까지의 최고재판소의 판단방식에 비추어 볼 때, 당사자 간에 복선적인 권리의무관계를 상정하기보다는 이를 포괄적이고도 단선적인 권리의무관계로 포섭한 후 계속적 금전소비대차와 관련해 발생하는 여러 채권채무관계를 판단하면서, 그러한 정산관계를 규율하는 방법으로 최고재판소가 사용한 것이 '초과지급이자에 관한 충당합의'였다고 할 수 있는 바, 초과지급이자에 대한 반환채무나 법정이자의 처리에 있어서도 이들을 일괄해서 정산하는 것이 타당하다는 결론을 내리는 것이 본 사안의 판단방법으로서 바람직하다고 주장한다. 다만, 법정이자를 초과지급이자보다 우선해서 충당

정충당이 행해지지 않은 경우에 '법률상 당연히' 적용되는 것이 법정충당이므로 당사자의 합리적인 의사나 추인적 의사를 문제삼을 필요없이, 단지 법규정에 따라서 충당되는 것이라고 이해해야 한다는 견해로, 岡林伸幸·前掲論文·87頁를 참조.

40) 下村信江·前掲論文·478~479頁.

41) 中村肇「過払金返還請求と七〇四条前段の利息の処理方法」私法判例リマックス49(2014<下>)21頁.

하는 것에 대해서는 대주와 차주 간에 초과지급이자에 대한 반환의무와 법정 이자의 지급채무가 존재하는 경우, 이는 민법 제491조 제1항이 규정하는 바와 유사하다 할 것이므로 동항의 유추적용을 긍정할 수 있다고 평가한다.

한편 후자⁴²⁾는, 본 사안에서 최고재판소가 그 결론을 도출하는 데 있어서 '당사자의 합리적인 의사해석'을 드는 데 대해, 이는 너무나도 허구적이라고 비판한다. 왜냐하면, 지금까지 이루어진 최고재판소의 판단에 따르면, 기본계약 혹은 일련의 거래관계가 존재한다는 사실을 가지고 대주와 차주 간에는 초과지급이자에 관한 총당합의가 존재한다고 추인하여 왔으나, 실제에 있어서 대주는 이자제한법을 위반하는 위법한 금리임을 인식하면서 금전소비대차계약을 체결하는 경우가 대부분일 것이므로, 자신의 이익을 해치게 되는 '복수의 권리관계의 해소'의사를 가질 리 만무하다고 주장한다. 반면, 차주 쪽에서 보더라도, 차주의 의사는 통상 초과지급이자를 고려해서 전체 대출금을 감소시키길 바라는 동시에 복수의 권리관계가 발생하는 것을 원치 않는 것이 합리적 의사라고 할 수 있을진대,⁴³⁾ 이러한 의사는 기본계약 혹은 일련의 거래관계가 존재하는 경우뿐만 아니라 그 외의 경우에도 존재할 것이므로 결국 양자의 의사간에는 커다란 불일치가 존재하고, 따라서 '당사자의 합리적인 의사해석'에 기해 총당을 인정한다는 최고재판소의 판단은 말하자면 '의제'에 불과하다⁴⁴⁾고 비판한다. 그러므로 초과지급이자에 당사자의 의사와 무관하게 이자제한법의 법의(法意)로부터 신규 대출금 채무에 총당된다고 해석하는 것이 타당하고, 그때의 총당방법은 대주가 차주에게 신규로 행하는 대출은 실질적으로 차주에 대한 초과지급받은 이자에 대한 변제라고 볼 수 있는 점에서 민법 제491조 및 제489조에 의해 법정총당의 순서에 따라서 총당되어야 한다고

42) 岡林伸幸·前掲論文·87~88頁。

43) 또한, 가령 차주에게 대금업법 및 이자제한법에 관한 지식이 있고, 초과지급이자의 존재에 대해 알고 있었다고 하더라도 초과지급이자에 대한 반환청구권을 원용할 경우, 그 후에는 대출을 받기 힘들어져 스스로를 궁지로 몰게 될 것이므로 당사자 간의 총당합의란 있을 수 없다고 주장한다. 필자 역시 같은 생각이다. 그 외에, 小野秀誠·前掲論文·172頁의 표현을 인용하자면, 계약체결시의 대주와 차주 간의 경제적 지위를 고려하더라도 이러한 특약은 도저히 있을 수 없는 것으로서 너무나도 공허한 이유 설시라 하지 않을 수 없다.

44) 동일한 견해로, 下村信江·前掲論文·478頁。

주장한다.

4) 본 판단의 의의 및 사건

본 판결은 기본계약에 기한 계속적 금전소비대차거래에서 이자제한법상의 제한이율을 초과하여 지급한 이자에 대해 발생한 법정이자를 신규 대출금 채무에 충당할 수 있을 것인지 및 그러한 충당이 인정될 경우의 충당순서에 대해 최고재판소가 처음으로 판단한 것이다. 본 판결이 내려질 때까지, 이미 기술한 것처럼 하급심 판례는 긍정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉘어 있었다.

앞에서도 언급한 것처럼, 초과지급이자를 수령한 대주는 특단의 사정이 없는 한 '악의의 수익자'로 추정된다. 따라서 대주는 차주인 채무자에게 법정이자를 붙여 초과지급된 이자를 반환하여야 하고, 이때의 법정이자는 초과지급이자의 지분권이라는 점에서 초과지급이자가 신규의 대출금 채무에 충당될 것인지가 문제되었던 것과 마찬가지로 법정이자 역시 그 처리가 문제될 수 있음은 당연히 예상범위 내에 있었다 할 것이다. 따라서 본 사안은 이에 관해 최고재판소가 처음으로 판단을 하였다는 데에 그 의의를 찾을 수 있다.

애초 이자제한법이 제정된 이유가 소비자금융에 의해서 피해를 입는 채무자를 보호하기 위해서였음은 두 말할 필요가 없을진대,⁴⁵⁾ 동일한 취지에서 그간 금전소비대차상의 초과지급이자와 관련하여 최고재판소에서 판단된 사안들은 대부분 차주를 구제하는 방향에서 판결이 내려졌고, 본 사안에 대한 최고재판소의 판단 역시 이러한 흐름과 다르지 않다. 특히, 최고재판소는 위에서 본 것처럼 본 사안을 판단함에 있어서 이미 여러 하급심에서 판단되었던 내용을 지지하는 형태를 취하고 있는데, 그간 제한이율을 초과하여 이자를 지급할 것을 강요받고 그로 인해 막대한 피해가 발생한 차주의 구제에 최고재판소가 다시금 일조하였다는 점에서 이러한 최고재판소의 판단은 긍정적으로 평가하여야 할 것이다.

다만, 학설에서도 지적하고 있는 것처럼, 초과지급이자와 관련된 문제를 처

45) 川角由和·前掲論文·43頁는 이러한 견해에 서서 이자제한법 및 대금업법을 시민법적 입법, 혹은 시민법적 업법으로 이해해야 한다고 주장한다.

리함에 있어서는 그것이 처음부터 지급할 의무가 없는 변제를 강요받은 차주가 상실했던 재산의 회복임과 동시에 한때 사회문제로까지 대두된 소비자금융이 초래한 피해를 시정하는 것이라는 점을 잊어서는 아니 된다는 점에서, 초과지급이자와 관련된 문제를 처리함에 있어서는 기본계약의 존재⁴⁶⁾나 당사자 간의 합의 등에 구애됨이 없이 규범적인 측면에서 계속적 금전소비대차거래 전반에 대해 합리적인 판단을 내릴 필요가 있을 것으로 생각된다.⁴⁷⁾ 또한, 충당 및 충당순서에 있어서도 이러한 사고를 관철시키는 태도가 법원에는 필요할 것이다.⁴⁸⁾

4. 마지막으로 - 연구대상 판결의 사정범위와 향후 검토 과제

본 판결에서는 법정이자를 신규 대출금 채무에 초과지급이자보다 우선해서 충당할 것을 판시하고 있는데, 이러한 태도는 본 사건과 같이 기본계약이 체결되어 있는 경우뿐만 아니라 기본계약이 체결되어 있지는 않지만 사실상 하나의 연속된 대출거래라고 볼 수 있는 사안에서도 동일하게 판단되어야 할 것이다.⁴⁹⁾ 그리고 그때, 충당순서에 관해 별도의 합의가 당사자 간에 존재한

46) 小野秀誠·前掲論文·173頁도 기본계약의 존재에 의해서 충당 여부가 좌우되는 것은 타당하지 않다고 비판한다. 즉, 기본계약의 존재에 중요성을 부여하는 것은 계속 반복적으로 이루어지는 소비자금융의 실패와 맞지 않다는 점을 지적한다. 현실적으로 볼 때 기본계약 등이 없는 경우가 오히려 일반적일 뿐 아니라, 기본계약이 체결되는 경우에도 그것은 단지 대출의 편의를 위한 것인 동시에 기계적 편리성을 이용하기 위한 기술적 요청(고객관리)에 따른 것일 뿐이라고 설명한다. 타당하다고 생각한다.

47) 이러한 전체적 평가관점은 2006년 12월 13일에 개정된 이자제한법에서도 명확히 나타나 있다는 지적으로, 小野秀誠·前掲論文·174頁를 참조. 즉, 일본의 2006년 개정 이자제한법 제5조에는 '동일 당사자 간의 금전소비대차에 있어서 복수의 대출이 있는 때에는 원본잔액과 신규로 발생한 원본의 합계액, 동시에 복수의 대출이 행해진 때에는 각각의 원본 합계액을 가지고서 그에 대해 이자가 발생하는 것으로 본다.'고 규정하고 있는 바, 이는 대출 개수를 구분하는 등의 탈법을 허용하지 않겠다는 취지인 동시에, 기본계약의 존부와 상관없이 전체 원본을 가지고 판단한다는 점이 명문화된 것이라고 평가한다.

48) 과거, 末川博 박사 역시, 이자제한법이 무엇 때문에 존재하는가 라는 근본적인 물음에서 출발해야 한다는 점을 강조하였다. 즉, 항상 법이라는 것이 무엇을 위해서 존재하는가를 생각하여 해석을 하지 않는 한 진정 살리지는 법을 추구하지는 못할 것이라고 하였다(末川博「制限超過利息の任意支払と残存元本充當適否」, 民商法雜誌48卷3号(1963年6月15日)452頁).

다는 등의 특단의 사정이 있는 경우에는 그에 대한 입증책임은 대주가 부담하여야 할 것이다.

그리고 앞에서 살펴본 것처럼, 법정이자의 처리를 포함한 초과지급이자와 관련된 문제에 대한 지금까지의 최고재판소의 판단은 '당사자의 합리적인 의사해석'을 의제함으로써 해결해 왔음을 부정할 수 없을 것인데, 사건으로는 초과지급이자와 관련된 문제를 처리함에 있어서는 이를 당사자의 '구체적'인 의사의 탐구에만 의존할 것이 아니라, 적어도 규범적인 일정한 가치판단, 즉 앞에서 기술하였듯 초과지급이자에 관한 문제는 처음부터 지급할 의무가 없는 변제를 강요받은 차주가 상실했던 재산을 회복한다는 의미와 함께, 한때 사회문제로까지 발전한 소비자금융이 초래한 피해를 과감히 시정한다는 의미가 있다는 점을 유념하여 최고재판소의 판단근거는 향후 전환되어야 마땅하다고 생각한다.

자본주의사회를 살아가는 우리 인간이 누군가로부터 금전을 차용하여 경제 활동을 하는 것은 당연히 예상되는 바이고, 그 중에서 금전을 필요로 하는 자에게 금전을 융통하여 주고 이익을 얻는 행위 역시 자본주의 시스템 하에서는 충분히 용인되는 바라 하겠다. 다만, 약자의 지위를 악용하여 부당·불법하게 이익을 올리려는 자가 있다면 국가는 이를 규율함이 마땅하다. 고리의 이자지급을 목적으로 하는 금전소비대차 거래는 대개 정상적인 금융권 이용이 불가능하고 원인이 무엇이든 경제적으로 매우 궁박한 처지에 놓인 차주가 당장의 급박한 상황을 모면하기 위해서 체결하는 경우가 많다. 그러한 상황은 이후에도 개선되지 않는 것이 대부분이기 때문에, 결국 고리대금업자에 의한 피해사실은 고리대금업자가 여러 차주들로부터 '넓게, 얇게' 수익을 끌어 모으는 동안에는 잘 드러나지 않다가 개개의 차주들이 더 이상 사태를 수습할 수 없는 지경에까지 이르렀을 때 전모가 드러나는 경우가 허다하다. 더 이상 사태를 수습할 수 없는 지경이란, 마스크 등에서 보도하는 것처럼 인신매매나 장기매매, 자살 등과 같은 사회문제가 발생한 후 그 배경에 고리대금업에 따른 폐단이 있었음이 밝혀졌을 때를 의미한다.

49) 같은 견해로, 下村信江·前掲論文·479頁。

서두에서 기술한 것처럼, 우리도 여러 경제위기를 겪는 동안 상당한 우여곡절은 있었으나, 현재는 이자제한법과 대부업법 등을 통해 서민금융을 규율하고 있다. 우리의 규율상황을 살펴보면,⁵⁰⁾ 대개 시기적으로 IMF 경제위기가 발생하기 전인 ①구 이자제한법 하에서의 규율시기와 ②구 이자제한법 폐지 후의 규율시기, 및 그 후 ③새롭게 이자제한법이 도입된 이후의 규율시기로 나눌 수 있을 것인데, ①의 시기에는 금전소비대차거래에 기해 초과 지급된 이자 부분의 처리와 관련하여 다수설은 이를 무효로 보고 있었다. 또한, 제한이율을 초과하여 지급된 무효의 이자를 원본에 총당할 수 있을 것인지와 관련하여 학설에서는 절대적 법정총당설과 상대적 법정총당설의 대립이 있었으나, 판례⁵¹⁾는 후자의 견해에 기해 판단하였다. 선이자공제 특약의 효력에 대해서는 통설⁵²⁾ 및 판례⁵³⁾ 모두가 그 유효성을 인정하였다. 이와 관련하여 제한이율을 초과하여 차주가 이자를 임의로 지급한 경우 이를 나중에 반환청구할 수 있을 것인가에 대해 판례는 차주가 지급한 초과지급이자 역시 불법원인급여에 해당한다고 보아 일관되게 부당이득 반환청구를 부정하였다⁵⁴⁾. 학설은 반환을 긍정해야 한다는 견해⁵⁵⁾와 부정하는 견해⁵⁶⁾ 및 절충설 등이 주장되었다.

②의 시기에는 폭리적 금전소비대차를 민법 제103조 또는 제104조에 의해

50) 구체적인 내용은, 권경은·이순동, '일본의 폭리적 금전소비대차계약에 관한 대응- 2008. 6. 10.자 최고재판소 판결을 중심으로 -', 인권과 정의 제421호, 대한변호사협회, 2011년 10월, 153면 이하를 참조.

51) 대법원 1962년 5월 3일 선고 4294민상971판결; 대법원 1969년 10월 28일 선고 65다2229 판결 등.

52) 서민석, '선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 현저하게 고율로 정해진 이자 약정의 효력 및 이미 지급된 초과이자의 반환청구권', 민사재판의 제문제 제16권, 한국사법행정학회, 2007년 12월, 160면; 김계순, '고율의 이자약정의 효력', 민주법학 통권 제36호, 판약사, 2008년 3월, 278면 등 참조.

53) 대법원 1981년 1월 27일 선고 80다2694판결; 대법원 1989년 1월 17일 선고 87다카2824 판결.

54) 대법원 1960년 6월 30일 선고 4292민상838 판결; 대법원 1961년 7월 20일 선고 4293민상 617 판결; 대법원 1988년 9월 27일 선고 87다카422,423 판결; 대법원 1994년 8월 26일 선고 94다20952 판결.

55) 한삼인, '고율의 이자약정과 반사회성', 고시계 제52권 제7호, 국가고시학회, 2007년 7월, 98면; 양창수, '공서양속에 반하는 이자약정에서 임의로 지급된 초과 이자의 반환청구', 법률신문 3542호, 2007년 4월, 판례평석; 서민석, 전제논문, 181면 등을 참조.

56) 서민석, 전제논문, 181면.

규율하였다. 즉, 대법원(2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결)은 ① 고율의 이자에 관한 규제 법령이 없는 상황에서 일반조항인 민법 제103조 또는 제104조를 적용하여 폭리적 이자에 대한 무효를 선언할 수 있을 것인지에 대해 이를 긍정하는 한편, 민법 제103조를 적용할 경우 소비대차계약 전부를 무효로 할 수 있을 것인지에 대해서는 고율의 이자약정부분만이 무효가 된다고 판단하였다. 차주가 무효인 이자약정에 기해 임의로 지급한 초과이자에 대해서 이를 다시 반환받을 수 있을 것인가와 관련해서는 구 이자제한법 하에서의 견해를 변경하여 차주의 반환청구를 적극적으로 인정하였다.

이상과 같이 폭리적 금전소비대차에 대한 우리법에서의 논의는 이자제한법상의 제한이율을 초과하여 지급된 이자는 무효이고, 무효인 이자를 원본에 충당하고 남은 부분은 차주가 반환을 청구할 수 있다는 단계에 머물고 있는 반면, 일본에서는 보다 나아가 신규채무의 원본에 대한 이자의 충당여부와 본사안과 같이 초과이자에 대해 법정이자가 발생한 경우 그 처리에 대한 부분까지 논의되고 있다는 점에서 시사하는 바가 크다. 향후 이자제한법 및 대금업법 등의 운용에 있어서 보다 많은 판례들이 우리법원에도 축적되기를 기대하며, 그 판단에 있어서 위에서 소개한 일본의 논의상황들이 참고자료로 활용되면 좋을 것이다.

참고문헌

- 권경은·이순동, '일본의 폭리적 금전소비대차계약에 관한 대응- 2008. 6. 10.자 최고재판소 판결을 중심으로 -', 인권과 정의 제421호, 대한변호사협회, 2011년 10월.
- 김계순, '고율의 이자약정의 효력', 민주법학 통권 제36호, 관악사, 2008년 3월.
- 서민석, '선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 현저하게 고율로 정해진 이자약정의 효력 및 이미 지급된 초과이자의 반환청구권', 민사재판의 제문제 제16권, 한국사법행정학회, 2007년 12월.
- 양창수, '공서양속에 반하는 이자약정에서 임의로 지급된 초과 이자의 반환청

- 구', 법률신문 3542호, 2007년 4월.
- 한삼인, '고율의 이자약정과 반사회성', 고시계 제52권 제7호, 국가고시학회, 2007년 7월.
- 石松勉「過払金返還請求権の消滅時効の起算点について—最高裁平成21年1月22日第一小法廷判決(裁判所時報1476号2頁、金融・商事判例1310号54頁)—」, 福岡大学法学論叢54卷1号(2009年6月)。
- 岡林伸幸「継続的な金銭消費者取引において発生した過払金が新たな借入金債務に充当される順番」, 新・判例解説Watch13号(2013年10月)。
- 尾島茂樹「制限超過利息返還請求権に関する一考察—時効期間・法定利率を中心として」, クレジット研究36号(2006年)。
- 小野秀誠「第一の貸付けに対して過払金が発生し、その後、第二の貸付けに係る債務が発生した場合と、過払金の同債務への充当」, 判例時報1978号(2007年11月)。
- 鎌野邦樹「第一貸付けにおける制限超過利息と第二貸付けへの充当」, 私法判例リマークス36(2008<上>)。
- 川井健「債務者が任意に支払った利息制限法所定の制限をこえる利息・損害金は当然に残存元本に充当される」, 法学協会雑誌91卷10号(1974年10月)。
- 川角由和「制限超過利息を受領した貸金業者が貸金業規制法との関係で民法七〇四条の「悪意の受益者」として推定される場合」, 私法判例リマークス37(2008年<下>)。
- 下村信江「過払金について発生した法定利息の充当の可否及び方法」, 民商法雑誌148卷4=5号(2013年8月15日)。
- 末川博「制限超過利息の任意支払と残存元本充当適否」, 民商法雑誌48卷3号(1963年6月15日)。
- 高木多喜男「制限超過利息の返還請求」, 別冊ジュリスト47号(1975年3月)。
- 滝沢孝臣「平成13年度主要民事判例解説」, 判例タイムズ1096号(2002年9月)。
- 竹内俊雄「同一の貸主と借主との間での過払金債権の他の債務への充当の可否および悪意の受益者による過払金債務返還時に適用される利息—最三判平成19・2・13本誌本号28頁—」, 金融・商事判例1266号(2007年5月)。

谷本圭子「継続的な金銭消費貸借取引に係る基本契約が過払金充当合意を含む場合における、過払金について発生した民法704条前段所定の利息を新たな借入金債務に充当することの可否及びその充当方法」判例時報2217号(2014年6月2日)。

中村肇「過払金返還請求と七〇四条前段の利息の処理方法」私法判例リマックス49(2014<下>)。

中村也寸志「判例解説」法曹時報57巻2号(2005年2月)。

中村也寸志「最高裁判決による過払金返還請求訴訟の帰着」金融法務事情1863号(2009年4月5日)。

判決速報「継続的な金銭消費者貸借取引に係る基本契約が過払金充当合意を含む場合における、過払金について発生した民法704条前段所定の利息を新たな借入金債務に充当することの可否およびその充当方法」金融法務情報1986号(2014年1月25日)。

広瀬美佳「過払金返還請求事件－最三判平成19・2・13」金融・商事判例1274号(2007年9月)。

水田耕一「利息制限法に関する最高裁の新判例(続)－制限超過利息の支払と元本への充当」旬刊商事法務研究334巻(1964年12月)。

水本浩「大法院判決巡歴5 利息制限法—その一」法学セミナー205号(1973年1月)。

宮本幸裕「過払金返還請求訴訟における充当方法について」法律時報79巻7号(2007年6月)。

持田明「過払金返還請求事件(2)－最三小判平19・2・13についての検討など」市民と法45号(2007年6月)。

吉田克己「商工ローンにおける信用保証料のみなし利息性と過払金の元本充当」法学教室282号(2004年)。

吉田克己「反復継続する貸付における制限超過利息の過払金と後の借入金債務への充当」私法判例リマックス37(2008<下>)。

[Abstract]

Would statutory interest incurred in connection with the overpayment interest have priority to be appropriative to the capital of overpayment than other monetary debts?

Kwon, Kyoung-Eun

Adjunct Assistant Professor of law at Hitotsubashi University, Japan

Many legal problems have been raised, where a debtor of a continuous cash loan contract paid back a creditor with a higher interest beyond the prescription of The Interest Restriction Law. And the Japanese Supreme Court has judged many cases concerning those legal issues. For example, the Japanese Supreme Court judged that a creditor (loan supplier) who received interest beyond the restriction of The Interest Restriction Law is considered as a beneficiary in bad faith unless there are special circumstances, and thereby he should return the excessive profits with statutory interest as an unjust enrichment. In another case, the Japanese Supreme Court judged if the debtor paid higher interest than the prescription of the law, the overpaid interest should be appropriated to the capital of monetary debts. And if there remains still overpayment after the appropriation, it should be appropriated to another monetary debts newly occurred. By the way, this case introduced in this article is about problems hitherto never have been judged by the Japanese Supreme Court. The legal issues of this case are two. First, could the statutory interest on the overpaid interest be appropriated to the monetary debts that occurred newly? Second, if it's approved, does the statutory interest have the priority to be appropriated to the overpaid interest? The Japanese Supreme Court

decided that if the basic contract of the continuous cash loan includes the appropriation agreement on the overpaid interest, without particular reason, the statutory interest on the overpaid interest should be appropriated first to the monetary debts newly occurred, and then, the overpaid interest itself should be appropriated to the remaining balance of new monetary debts.

Key words : Continuous Contracts for Monetary Loans, Interest Restriction Law, overpayment interest, unjust enrichment, appropriation